

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85583>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

**Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, Wetgever, besteed meer aandacht aan ons vermogensrecht! Een oproep tot het instellen van een permanente Commissie vermogensrecht**

**Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, NTBR 2010, 47, Wetgever, besteed meer aandacht aan ons vermogensrecht! Een oproep tot het instellen van een permanente Commissie vermogensrecht**

**Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, Wetgever, besteed meer aandacht aan ons vermogensrecht! Een oproep tot het instellen van een permanente Commissie vermogensrecht**

Vindplaats: NTBR 2010, 47 Bijgewerkt tot: 01-12-2010

Auteur: A.J. Verdaas[1]

Wetgever, besteed meer aandacht aan ons vermogensrecht!

Een oproep tot het instellen van een permanente Commissie vermogensrecht

De wetgever besteedt te weinig aandacht aan ons vermogensrecht. Te veel problemen blijven onopgelost, ook als daar door wetenschap en/of praktijk aandacht voor wordt gevraagd en oplossingen voorhanden zijn. Meer wetgevingsaandacht is geboden. Ook de voortschrijdende Europese harmonisatie blijft wetgevingsaandacht vergen. Opgeroepen wordt tot het organiseren van doorlopende wetgevingsaandacht in de vorm van een permanente Commissie vermogensrecht.

De wetgever besteedt te weinig aandacht aan ons vermogensrecht. Te veel problemen blijven onopgelost, ook als daar door wetenschap en/of praktijk aandacht voor wordt gevraagd en oplossingen voorhanden zijn. Meer wetgevingsaandacht is geboden. Ook de voortschrijdende Europese harmonisatie blijft wetgevingsaandacht vergen. Opgeroepen wordt tot het organiseren van doorlopende wetgevingsaandacht in de vorm van een permanente Commissie vermogensrecht.

1. Inleiding

1. De kwaliteit van het vestigings- en economisch klimaat van een land wordt mede bepaald door de kwaliteit van de juridische infrastructuur. Die juridische infrastructuur bestaat uit juridische adviseurs en advocaten, uit de mogelijkheden om geschillen te doen beslechten en uit wet- en regelgeving. Wet- en regelgeving dienen van tijd tot tijd te worden aangepast teneinde bruikbaar, effectief en efficiënt te blijven. Voor bepaalde rechtsgebieden geldt dat politieke krachten er wel voor zorgen dat met enige regelmaat, zo niet voortdurend, aanpassingen worden gedaan. Een klassiek voorbeeld is de fiscale wetgeving, een instrument dat van oudsher wordt ingezet om politiek bepaalde doelen mee te realiseren, van het stimuleren van de vestiging in ons land van internationale ondernemingen tot de ontmoediging van de aanschaf en daardoor van het gebruik van bepaalde genotmiddelen. Andere voorbeelden, althans in het huidige tijdsgewricht, zijn toezichtregels, zoals de Wet op het financieel toezicht, en het vennootschapsrecht.

2. Naar mijn waarneming is die prikkel tot aanpassing er in onvoldoende mate met betrekking tot ons vermogensrecht zoals dat is gecodificeerd in de Boeken 3, 5, 6, 7 en 7A van ons Burgerlijk Wetboek (hierna: 'ons vermogensrecht'). De aandacht van de wetgever voor ons vermogensrecht is, sinds de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW op 1 januari 1992, stiefmoederlijk. Dat is jammer omdat ons vermogensrecht, wil de kwaliteit, waaronder de bruikbaarheid, daarvan op peil blijven, periodiek 'wetgevingsaandacht' vergt. Die aandacht

lijkt er wel te zijn indien 'Europa' ons dwingt tot aanpassingen door middel van de implementatie van richtlijnen, maar niet, of in onvoldoende mate, indien door wetenschap en/of praktijk vermogensrechtelijke problemen, voor de oplossing waarvan wetswijziging noodzakelijk is, onder de aandacht van de wetgever worden gebracht.

3. Bij gebrek aan voldoende politieke prikkels om ons vermogensrecht bij de tijd te houden, zou de wetgever er goed aan doen om zo een prikkel te organiseren door een permanent adviescollege (zoals bedoeld in art. 1 Kaderwet adviescolleges) in te stellen. Zo een adviescollege, dat ik hierna de Commissie vermogensrecht zal noemen, zou ook een rol kunnen vervullen bij het implementeren van Europese richtlijnen. Het geven van een stoot tot het instellen van een Commissie vermogensrecht is het doel van dit artikel. De hoofdlijnen van de voorstelling die ik van de Commissie vermogensrecht heb, zal ik ontvouwen in paragraaf 7. Ik zal in die paragraaf ook ingaan op de bezwaren die tegen zo een commissie zouden kunnen bestaan. Om te beginnen zal ik in de paragrafen 2-4 verslag doen van enkele observaties en analyses van ons vermogensrecht en aan de hand daarvan *i)* beschrijven welke (toekomstige) problemen ik daarmee (voor)zie en *ii)* mijn stelling motiveren dat ons vermogensrecht meer wetgevende aandacht verdient. Met problemen doel ik niet op concrete gebreken van ons vermogensrecht op 'onderwerpniveau', al zal ik niet schromen om voorbeelden te noemen van concrete gebreken.[2] Ik doel op een inventarisatie van de factoren die er, reeds nu maar indien geen gerichte actie wordt ondernomen in toenemende mate ook in de toekomst, toe (zullen) bijdragen dat ons vermogensrecht, vanwege te weinig aandacht van de wetgever, veroudert. De oorzaken die ik voor het gebrek aan wetgevingsaandacht voor ons vermogensrecht zie, inventariseer en bespreek ik in paragraaf 5. In paragraaf 6 trek ik een tussenconclusie.

2. Het systeem voldoet

4. Naar mijn waarneming staat het systeem van ons vermogensrecht onder juristen niet ter discussie en is aan stelselwijzigingen geen behoefte. Nieuwe ontwikkelingen en nieuwe normen laten zich over het algemeen goed in het systeem van ons vermogensrecht inpassen. De gedeeltelijk open en abstracte bepalingen in met name (delen van) de Boeken 3 en 6 BW lenen zich voor heroriëntatie. De betekenis van die bepalingen kan, in een voortdurende wisselwerking tussen de praktijk, de rechtspraak en de wetenschap, aan de zich wijzigende maatschappelijke context, waaronder de in Nederland levende rechtsovertuigingen,[3] worden aangepast en veel rechtsvragen waaraan bij het ontwerpen en vaststellen van ons vermogensrecht niet is gedacht, kunnen zonder wetswijziging worden opgelost.[4]

5. Een voorbeeld is het toekennen van een vordering tot vergoeding van schade aan Kelly, een kind dat gehandicapt is geboren na een door een verloskundige gemaakte kunstfout. Met een beroep op de 'klassieke' opvattingen over normschending, causaal verband en schade kan men verdedigen dat Kelly jegens de verloskundige geen recht op schadevergoeding heeft. De Hoge Raad oordeelde anders. Het arrest van de Hoge Raad is niet onomstreden. Het gaat mij er op deze plaats niet om of zijn oordeel juist en goed gemotiveerd is. Waar het mij wel om gaat, is dat het arrest en de commentaren erop laten zien dat een vordering van Kelly op de verloskundige zonder wetswijziging in ons aansprakelijkheidsrecht kan worden ingepast.[5]

6. Een ander voorbeeld is de 'overdracht' van een domeinnaam, een relatief nieuw verschijnsel waarmee bij het ontwerpen van de Boeken 3 en 6 BW nog geen rekening kon worden gehouden. Het komt voor dat de houder van een domeinnaam deze wenst 'over te dragen' aan een derde. Een domeinnaam is weliswaar een vermogensrecht en daarmee een goed,[6] echter geen voor overdracht door levering (in de zin van art. 3:84 lid 1 BW) vatbaar goed. Toch kan men de 'overdracht' van een domeinnaam, ingevolge een daartoe strekkende overeenkomst, in ons vermogensrecht inpassen en verklaren met de contractsoverneming.[7]

7. Veel in ons vermogensrecht geïmplementeerde Europese richtlijnen bleken vrij eenvoudig in ons vermogensrecht te kunnen worden ingepast, zelfs zonder dat min of meer ingrijpende

wijzigingen nodig waren in de harde kern van ons vermogensrecht zoals dat is gecodificeerd in de Boeken 3, 5 en 6 BW. Een recent voorbeeld is de implementatie van de Richtlijn betalingsdiensten. Deze richtlijn kon worden geïmplementeerd zonder aanpassing van Afdeling 11 Titel 1 Boek 6 BW (Verbintenissen tot betaling van een geldsom). De daarin opgenomen bepalingen (art. 6:114 BW) die zien op girale betaling zijn zodanig abstract geformuleerd, dat implementatie van de richtlijn geen aanleiding gaf tot aanpassing ervan. Volstaan kon worden met de opname van een aantal 'buitenkantregels', omtrent bijvoorbeeld maximale uitvoeringstermijnen en informatieverplichtingen, in een nieuwe titel Betalingstransactie in Boek 7 BW.[8] Maar er zijn ook voorbeelden van Europese richtlijnen waarvan de implementatie heel wat minder soepel verliep. Het meest in het oog springende voorbeeld is de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten, waarop ik hierna nog zal terugkomen.[9]

3. Er is een gebrek aan receptie door middel van codificatie

8. Dat ons vermogensrecht in staat is om zich zonder wetswijzigingen aan te passen, ontslaat de wetgever niet van zijn plicht tot codificatie. Aan ons rechtssysteem ligt de codificatiegedachte ten grondslag en de codificatie van (onder meer) het burgerlijk recht is een grondwettelijke opdracht aan de wetgever: in beginsel is het recht vastgelegd en te vinden in de wet.[10] Dwaalt het recht te ver af van wat we in de wet kunnen vinden, dan wordt het vinden van het recht en het toepassen ervan een hachelijke zaak: uitsluitend de jurist die bekend en vertrouwd is met een grote hoeveelheid literatuur en jurisprudentie omtrent een bepaalde rechtsvraag, kan die rechtsvraag nog beantwoorden. Een berucht voorbeeld is (zijn grote delen van) de Faillissementswet. Een fraai stuk wetgeving dat al meer dan een eeuw meegaat en grotendeels nog steeds voldoet, maar dat nog slechts door specialisten met een grondige kennis van literatuur en rechtspraak kan worden toegepast.[11]

9. Voor codificatie kan nog een andere aanleiding bestaan. De mogelijkheden tot heroriëntatie van bepalingen en tot oplossing van nieuwe rechtsvragen anders dan door codificatie zijn niet onbegrensd. Ik zal deze stelling met een aantal voorbeelden illustreren. De Hoge Raad heeft de angel uit het 'fiduciaverbod' gehaald door daar een beperkte interpretatie van te geven, maar de onzekerheid die hierover in de praktijk bestaat heeft hij daardoor niet volledig weggenomen.[12] Om het in de praktijk gevoelde - en zich zo nu en dan daadwerkelijk voordoende - probleem echt op te lossen is wetswijziging vereist.[13] Dat het fiduciaverbod niet geldt voor wie een financiële zekerheidsovereenkomst sluit, maar wel voor wie een andere overeenkomst sluit waarin zakelijke zekerheid door overdracht wordt bedongen, maakt het er systematisch gezien allemaal niet fraaier op; consistentie binnen een rechtssysteem is mede bepalend voor de kwaliteit ervan.

10. Soms weigert de Hoge Raad mee te gaan in een door velen gewenste rechtsontwikkeling omdat hij meent dat aan de wetgever te moeten overlaten. Indien daarbij ingrijpende rechtspolitieke keuzes moeten worden gemaakt en/of die rechtsontwikkeling op gespannen voet staat met van kracht zijnde wetgeving, is daar ook veel voor te zeggen. Een voorbeeld is de beperkte ruimte die de Hoge Raad laat voor toekenning van een recht op vergoeding van immateriële schade aan nabestaanden.[14]

11. Een ander voorbeeld is de beperkte ruimte die de Hoge Raad biedt voor vermogensscheiding door middel van een kwaliteitsrekening door anderen dan notarissen en gerechtsdeurwaarders. Voor de door notarissen en gerechtsdeurwaarders verplicht aan te houden kwaliteitsrekeningen bestaan wettelijke regelingen.[15] Bij gebreke van een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening heeft de Hoge Raad de mogelijkheid tot het aanhouden van kwaliteitsrekeningen voor anderen beperkt tot personen met beroepen, zoals advocaten en accountants, die met betrekking tot het afgescheiden van hun eigen vermogen aanhouden van giraal geld in een vergelijkbare vertrouwenspositie als notarissen en gerechtsdeurwaarders verkeren.[16]

12. Deze voorbeelden laten zien dat de receptie van bepaalde ontwikkelingen in ons vermogensrecht zonder wetswijziging niet mogelijk is. Daarnaast is wetgeving geïndiceerd in geval van door de Hoge Raad gevormd recht waarvan men algemeen vindt dat het achterhaald is, maar dat nog niet expliciet door hem kon worden 'afgeschaft' door een nieuw arrest omdat een daartoe geschikt geval de Hoge Raad nog niet heeft bereikt.[17] De wetgever laat het echter afweten, ook als sprake is van breed gedragen wensen.

13. Illustratief is de gang van zaken omtrent een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening. In wetenschap en praktijk is uitvoerig gedebatteerd over de wenselijkheid en de inhoud van zo een regeling.[18] De wens om tot een algemene regeling te komen wordt breed gedeeld. De mogelijkheden daartoe zijn grondig onderzocht en er zijn zinnige voorstellen voor gedaan.[19] In de (financierings)praktijk bestaat daaraan behoefte. Die behoefte is door de kredietcrisis dringender geworden omdat financiers die participeren in een collectief zekerheidsarrangement zich niet meer uitsluitend zorgen maken over de kredietwaardigheid van hun gezamenlijke debiteur, maar ook over die van de financiers met wie zij zekerheidsrechten delen. Zo is de gerechtvaardigde wens ontstaan om de door één kredietgever gerealiseerde opbrengst van een ten behoeve van een aantal kredietgevers gezamenlijk gevestigd zekerheidsrecht, totdat die opbrengst wordt verdeeld, door vermogensafschieding met behulp van een kwaliteitsrekening veilig te stellen voor verhaal door de (andere) schuldeisers van de kredietgever die het zekerheidsrecht heeft uitgeoefend en die de opbrengst daarvan mede ten behoeve van de andere kredietgevers heeft gerealiseerd.[20]

14. Bij de behandeling van de Wet op het notarisambt is een nadere studie toegezegd over een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening.[21] Een vergelijkbare toezegging is gedaan bij de behandeling van de Gerechtsdeurwaarderswet; bij de behandeling daarvan werden twee deelonderzoeken aangekondigd: een evaluatie van de bestaande bijzondere wettelijke regelingen en een onderzoek gericht op de vraag wat het toepassingsgebied van een algemene regeling van de derdenrekening zou moeten zijn.[22] Een volgende Staatssecretaris van Justitie vond het in 2001 prematuur om voor een algemene wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening te kiezen voordat de ervaringen met de bestaande regelingen waren geëvalueerd.[23] De bedoelde evaluatie is inmiddels uitgevoerd en het resultaat ervan is in 2006 gepubliceerd.[24] Uit de brief waarmee de Minister van Justitie de evaluatie aanbood aan de Tweede Kamer, blijkt dat wat hem betreft de discussie over een algemene regeling van de derdenrekening gesloten is.[25] Dat is opmerkelijk, omdat de vraag of er een algemene wettelijke regeling zou moeten komen door hem (of de staatssecretaris) niet is beantwoord.

15. Ook het uitblijven van een initiatief van de wetgever om de derdenwerking te ontnemen aan onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen is illustratief.[26] Het probleem is al voordat de Hoge Raad het arrest *Oryx/Van Eesteren* wees gesignaleerd door R.D. Vriesendorp, maar is daarna door wetenschap en praktijk geagendeerd.[27] Gevolg is een breed gedeelde wens om aan dergelijke bedingen de derdenwerking te ontnemen.[28] Onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen vormen een groot probleem bij financieringen met vorderingen als onderpand. Op krachtens partijbeding onoverdraagbare vorderingen kan geen pandrecht worden gevestigd. Bij financieringen door bijvoorbeeld factormaatschappijen met een groot en steeds wijzigend pakket van vorderingen als onderpand, vorderingen die voortkomen uit zeer diverse overeenkomsten en waarop zeer diverse algemene voorwaarden van toepassing zijn, is het ondoenlijk om de verpandbare van de onverpandbare vorderingen te scheiden. Voor de pandhouder komt een dergelijke financiering, voor wat betreft de aan het bedoelde onderpand te ontleen zekerheid, neer op 'God zegene de greep'. Noch publicaties waarin voor afschaffing of beperking van de derdenwerking van onoverdraagbaarheids- en onverpandbaarheidsbedingen is gepleit, noch

daarop gerichte maatregelen van de wetgevers van andere lidstaten,[29] hebben de wetgever tot (voor mij waarneembare) actie kunnen bewegen. Hetzelfde geldt voor de lobbyactiviteiten die, zo is mij bekend, door de Nederlandse Vereniging van Banken en een aantal factormaatschappijen zijn ontplooid.

16. Gewezen kan tot slot nog worden op de verouderde restanten van Boek 7A BW.

Afgezien van Titel 9 (Van Maatschap) onderneemt de wetgever voor zover bekend niets om de resterende titels te moderniseren en naar Boek 7 over te hevelen.

4. Er is sprake van voortschrijdende harmonisatie, maar vooralsnog niet van uniformering

17. Een belangrijke ontwikkeling in veel rechtsgebieden, waaronder het vermogensrecht, is harmonisatie van rechtsstelsels, zowel op Europese als op geografisch gezien nog grotere schaal.[30] [31] Een voorbeeld op het gebied van het vermogensrecht is het *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).[32] Het DCFR is de vrucht van het werk van twee academische groepen, de *Study Group on a European Civil Code* en de *Research Group on Existing Private Law*. Het DCFR is mede mogelijk gemaakt door de Europese Commissie, die in het kader van het actieplan voor een meer coherent Europees contractenrecht de wens te kennen heeft gegeven om te komen tot een *Common Frame of Reference* (CFR). Het DCFR is bedoeld als 'voorontwerp' voor een CFR. In mei 2010 is een deskundigencomité geïnstalleerd om de Europese Commissie te adviseren hoe verder te gaan met het DCFR.[33] Het DCFR heeft geen formele status, noch juridisch, noch politiek. Het DCFR heeft wel gezag, dat het ontleent aan het wijd vertakte academische netwerk dat aan de totstandkoming ervan heeft gewerkt, zijn voorgeschiedenis (die begon met de Commission on European Contract Law) en de eminente juristen door wie het wordt gedragen. Zowel bij het ontwerpen van nieuwe wetgeving als bij de (her)interpretatie van bestaande wetsbepalingen zal men wellicht nog wel om het DCFR heen *kunnen*, maar er niet omheen *willen*. Ik twijfel er dan ook niet aan dat een verdergaande harmonisatie van ons vermogensrecht met dat van de andere lidstaten zal plaatsvinden. Het DCFR laat ook zien dat een vergaande harmonisatie van het vermogensrecht mogelijk is zonder de systemen van de lidstaten en hun rechtsculturen al te zeer geweld aan te doen:

*'In particular [the DCFR] will help to show how much national private laws resemble one another and have provided mutual stimulus for development - and indeed how much those laws may be regarded as regional manifestations of an overall common European legacy.'* [34]

18. Maar de (politieke) weerstand tegen *uniformering* is groot, zoals bleek toen in het nieuws kwam 'dat gewerkt werd aan een Europees Burgerlijk Wetboek'.[35] Men bedoelde daarmee het DCFR, waarvan niet gezegd kan worden dat zo een status daarvan beoogd is, noch door de Europese Commissie, noch door de opstellers ervan. Gelet op die politieke weerstand moeten we ervan uitgaan dat we nog lang een nationaal vermogensrecht zullen behouden. Dit betekent dat we het ons niet kunnen permitteren om aan ons vermogensrecht reeds nu minder wetgevende aandacht te besteden omdat het op afzienbare termijn zal worden vervangen door Europees vermogensrecht.

19. Ik verwacht veeleer dat Europese ontwikkelingen méér aandacht van de wetgever voor ons vermogensrecht zullen vergen. Een steeds verdergaande harmonisatie van ons vermogensrecht zal door de Europese wetgever door middel van richtlijnen worden afgedwongen. Hiervóór gaf ik aan dat de implementatie van veel Europese richtlijnen in ons vermogensrecht tot op heden betrekkelijk soepel is verlopen. Ik gaf daarbij ook aan dat de implementatie van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten een uitzondering vormt. Een bijzonder kenmerk van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten is dat deze noopte tot wijzigingen in ons goederenrecht en dat een aantal van die wijzigingen op gespannen voet staat met enkele daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten, zoals *i)* het fiduciaverbod,[36] *ii)* het toeëigeningsverbod[37] en *iii)* het voor de overdracht van of de

vestiging van een beperkt recht op een goed geldende vereiste van een leverings-, respectievelijk vestigingshandeling.[38]

20. Is dit een uitzondering op de regel of is de verwachting gewettigd dat meerdere moeilijker te implementeren richtlijnen zullen volgen? Ik meen dat het laatste het geval zal zijn. Het DCFR bevat *principles* en *model rules* op het terrein van het goederenrecht. Zo bevat het *i*) een registratiesysteem voor zekerheidsrechten,[39] *ii*) de regel dat een contractueel onoverdraagbaarheidsbeding een vordering niet onoverdraagbaar maakt[40] en *iii*) een zeer liberale regeling voor (bezitloze) zekerheidsrechten[41]. Indien het DCFR leidt tot Europese wetgeving, dan staat ons op dit terrein nog heel wat te wachten.

21. Op veel kortere termijn, uiterlijk op 30 december 2010, dienen wijzigingen in de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten te worden geïmplementeerd.[42] Die wijzigingen lijken op zichzelf betrekkelijk eenvoudig in Titel 2 Boek 7 BW (Financiëlezekerheidsovereenkomsten) en de Faillissementswet geïmplementeerd te kunnen worden.[43] Wel maakt de uitbreiding van de mogelijkheden om een financiëlezekerheidsovereenkomst te sluiten tot - kort gezegd - kredietvorderingen het fiduciaverbod nog moeilijker te handhaven omdat steeds moeilijker valt te verdedigen dat voor een partij die een financiëlezekerheidsovereenkomst sluit het fiduciaverbod niet geldt,[44] maar dat dit wel geldt voor een partij die een dergelijke overeenkomst niet kan of wil sluiten.[45] Verdedigd wordt daarenboven dat het fiduciaverbod in strijd is met de Richtlijn financiëlezekerheidsovereenkomsten.[46] Implementatie van de gewijzigde richtlijn zou voor de wetgever nu eindelijk eens aanleiding moeten zijn om het fiduciaverbod te schrappen. Doet hij dat, dan ontkomt hij er echter niet aan om de mogelijke gevolgen daarvan onder ogen te zien en zich af te vragen of nadere regelgeving gewenst is. Zo zal hij zich moeten afvragen of een regeling moet worden getroffen die voorkomt dat een zekerheidseigenaar wordt overbedeeld indien de verkoopopbrengst van het in zekerheid aan hem overgedragen goed hoger is dan zijn vordering op de schuldenaar.[47]

22. Verwacht mag worden dat de voortschrijdende harmonisatie door Europese wetgeving de nodige aandacht van de wetgever voor het vermogensrecht zal vergen. Op ambtelijk niveau zal daarbij niet kunnen worden volstaan met het beschikbaar stellen van voldoende wetgevingscapaciteit in kwantitatieve zin, maar zullen ook inhoudelijk moeilijke puzzels moeten worden opgelost.

5. Oorzaken voor het gebrek aan wetgevingsaandacht voor ons vermogensrecht

23. Dat de wetgever, tenzij daartoe gedwongen 'door Europa', weinig aandacht besteedt aan ons vermogensrecht valt de rechtspraktijk en de wetenschap niet te verwijten. Het bedrijfsleven, met name de financiële sector, lobbyt bij de wetgever om vermogensrechtelijke onderwerpen op de agenda te krijgen. Ik noemde reeds lobby voor afschaffing of beperking van de derdenwerking van onoverdraagbaarheidsbedingen. De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) pleegt ook te lobbyen voor andere wijzigingen van ons vermogensrecht waarbij haar leden baat hebben. Naar verluidt vraagt ook Holland Financial Centre (HFC) bij de wetgever om aandacht voor enkele door de financiële sector ervaren knelpunten in ons vermogensrecht.[48] Succesvol zijn dergelijke lobby's naar mijn waarneming vaak niet, ook niet als het honoreren van een lobby op weinig bezwaren van andere belanghebbenden zou stuiten.[49]

24. Nederland kent eminente juristen die voor een deel ook internationaal als zodanig worden erkend en die veel publiceren over vermogensrechtelijke onderwerpen.[50] Er worden in die publicaties vele zinnige en goed onderbouwde wetswijzigingen voorgesteld. Over bepaalde problemen en de oplossingen daarvoor lijkt min of meer consensus te bestaan. Echter, ook als voor een bepaalde wijziging een breed draagvlak in wetenschap en praktijk bestaat, betekent dit nog niet dat de wetgever zich geroepen voelt om in actie te komen. Als voorbeelden noem ik nogmaals *i*) de al lang klinkende roep om afschaffing van het

fiduciaverbod,[51] *ii*) de breed gedeelde wens om aan zogenoemde onoverdraagbaarheidsbedingen de derdenwerking te ontnemen,[52] en *iii*) de roep om een algemene regeling van de kwaliteitsrekening. Ik voeg daar aan toe de door meerdere auteurs bepleite afschaffing van de beperking van de mogelijkheid tot de vestiging van stille pandrechten op toekomstige vorderingen tot vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit een bestaande rechtsverhouding.[53] Natuurlijk zijn al die publicaties met zinnige voorstellen niet zinledig als die voorstellen niet worden uitgevoerd, maar het is wel jammer dat na de vele inspanningen die ervoor zijn gedaan, niet wordt bezien of de gedane voorstellen uitvoering verdienen om, indien die vraag op ambtelijk en politiek niveau bevestigend is beantwoord, vervolgens ook daadwerkelijk in wetgeving te worden omgezet.

25. Waarom wordt die vertaalslag van lobby en/of voorstel in de literatuur naar wetsvoorstel met betrekking tot ons vermogensrecht zo weinig gemaakt? Ik denk dat daar een aantal verklaringen voor is. Eén verklaring is een gebrek aan wetgevingscapaciteit en wetgevingsprioriteit. Is de *privaatrechtelijke* wetgevingscapaciteit al beperkt ten opzichte van bijvoorbeeld de fiscaalrechtelijke, binnen de privaatrechtelijke wetgevingscapaciteit wordt aan wijzigingen van ons vermogensrecht waartoe de wetgever niet min of meer wordt gedwongen een lage prioriteit gegeven. Vanzelfsprekend - en terecht - krijgt de implementatie van Europese richtlijnen een hoge prioriteit, met als paradoxaal gevolg dat harmonisatie op het ene gebied leidt tot stilstand en dus achteruitgang op andere gebieden. Vermogensrechtelijke onderwerpen krijgen bovendien weinig politieke aandacht, naar ik meen bij gebrek aan affiniteit hiermee bij vrijwel alle politici en omdat er weinig electoraal voordeel mee te behalen is. En er zijn altijd wel ontwikkelingen die ertoe leiden dat andere onderwerpen de wetgevingsagenda wél halen, zoals de roep om (weer) het vennootschapsrecht te wijzigen, nu naar aanleiding van de kredietcrisis.

26. Een andere mogelijke verklaring voor het grotendeels uitblijven van de vertaling van doctrine naar praktijk is drempelvrees om wijzigingen aan te brengen in een relatief jonge codificatie. Onterechte drempelvrees wat mij betreft. Ten eerste valt het met de jeugdigheid van die codificatie wel mee, nu vanaf 1 januari 2012 het vierde lustrum daarvan kan worden gevierd. En, ten tweede, op zichzelf is het goed om een nieuwe codificatie zich in de praktijk en de rechtspraak te laten 'zetten' alvorens die te gaan wijzigen, maar die gelegenheid heeft ons vermogensrecht ruimschoots gehad en hebben praktijk en rechtspraak ook te baat genomen. Ten derde is dit juist aanleiding om de 'weeffouten' die daardoor aan het licht zijn gekomen te herstellen.[54] Ten vierde: niemand hoeft zich er voor te schamen dat een codificatie, voor een deel met 'the benefit of hindsight' van ontwikkelingen die zich na de invoering ervan hebben voorgedaan, niet volmaakt blijkt te zijn. E.M. Meijers, de ontwerper van de Boeken 3, 5 en 6 BW, had geen last van dergelijke (valse) schaamte: hij pleitte voor een tienjaarlijkse hercodificatie.[55]

6. Tussenconclusie: doorlopende wetgevingsaandacht is geboden en moet worden georganiseerd in de vorm van een permanente Commissie vermogensrecht

27. Uit het voorafgaande trek ik de conclusie dat ons vermogensrecht doorlopende wetgevingsaandacht behoeft en ook verdient. Ik heb niet de illusie dat het die aandacht door het enkele trekken van die conclusie ook zal krijgen, zelfs niet als deze conclusie breed zou worden gedragen. De vereiste wetgevingsaandacht zal moeten worden georganiseerd en er zal capaciteit voor moeten worden vrijgemaakt. En wel zodanig dat de politieke waan van de dag niet al te licht roet in het eten kan gooien. Dat vergt onafhankelijkheid van en een zekere afstand tot politiek en ambtelijk Den Haag. Een voor de hand liggende oplossing is een permanente Commissie vermogensrecht. In de volgende paragraaf schets ik de contouren van de Commissie vermogensrecht zoals ik die voor mij zie.

7. Contouren van de Commissie vermogensrecht

7.1. Doelstelling



28. De doelstelling van de Commissie vermogensrecht zoals die mij voor ogen staat, vloeit uit het voorafgaande voort en kan worden samengevat als het in adequate wetgeving doen vertalen van in Nederland en, voor zover in Europese richtlijnen vastgelegde, in Europa levende, vermogensrechtelijke rechtsovertuigingen.

#### 7.2. Een effectief en efficiënt middel?

29. Waarom verwacht ik dat de Commissie vermogensrecht erin zal slagen om de wetgever te laten doen wat hij nu nalaat? Allereerst omdat de ervaring leert dat dergelijke commissies die rol kunnen vervullen. Zo heeft onder het oude Burgerlijk Wetboek gedurende een lange periode, tot medio jaren tachtig, een Commissie voor de Burgerlijke Wetgeving bestaan. Over het functioneren van die commissie en de reden voor opheffing ervan heb ik nauwelijks informatie kunnen vinden, maar naar verluidt vervulde zij met succes een rol zoals die mij voor ogen staat. Mogelijk is de commissie opgeheven met het oog op de invoering van ons nieuwe vermogensrecht in 1992.[56]

30. De Commissie Vennootschapsrecht vervult al jaren, en met succes, een belangrijke rol bij het in wetgeving vertalen van in Nederland en in Europa levende rechtsovertuigingen op het terrein van het vennootschapsrecht. Zowel inhoudelijk als op wetstechnisch gebied heeft zij vele waardevolle adviezen gegeven en concrete voorstellen gedaan die vaak in (komende) wetgeving zijn vertaald.[57]

31. Een actueel voorbeeld is ook de Commissie insolventierecht. Hoewel op dit moment nog niet duidelijk is of het door deze commissie opgestelde voorontwerp Insolventiewet in wetgeving zal worden omgezet, durf ik zonder enig voorbehoud te stellen dat we, sinds de invoering van de Faillissementswet in 1893,[58] nog nooit zo dicht bij de invoering van een opvolger van die wet zijn geweest, alsmede dat, op enkele onderdelen na, het voorontwerp een goede en zeer bruikbare vertaling in wetteksten van de in Nederland levende, insolventierechtelijke rechtsovertuigingen is.

32. De tweede reden waarom ik hoge verwachtingen van de Commissie vermogensrecht heb, is dat de commissie zich volledig op het vermogensrecht kan focussen en niet de kans loopt om, hetgeen wetgevingsambtenaren met enige regelmaat schijnt te overkomen, vanwege veranderde politieke prioriteiten van de ene op de andere dag 'op een ander dossier te worden gezet'.

33. Een derde reden om te verwachten dat de Commissie vermogensrecht succesvol zal zijn, is dat de voorstellen die zij doet op een groot draagvlak zullen kunnen rekenen, mits de commissie met oog voor het vereiste draagvlak is samengesteld. Hoewel de leden van de commissie onafhankelijk van hun eventuele achterban zouden moeten zijn, zullen zij hun afkomst niet (behoeven te) verloochenen. Indien de commissie leden heeft met wortels in de belangrijkste juridische beroepsgroepen en de belangrijkste groepen van belanghebbenden, is de verwachting gewettigd dat de voorstellen die zij doet op een groot maatschappelijk draagvlak zullen kunnen rekenen en de daadwerkelijk levende rechtsovertuigingen zullen weerspiegelen.[59]

34. Indien de Commissie vermogensrecht, overeenkomstig de aan haar te geven opdracht (zie paragraaf 7.4 hierna), met zo concreet mogelijke voorstellen tot wetswijziging komt, kan de schaarse wetgevingscapaciteit op het Ministerie van Justitie efficiënt worden benut. Keerzijde van deze medaille is dat uitvoering van de voorstellen van een actieve Commissie vermogensrecht ook wetgevingscapaciteit zal vergen. Het in de vorm van wetsvoorstellen aan het parlement voorleggen van de voorstellen van de commissie, inclusief toelichting (waarin de commissie grotendeels maar nooit geheel kan voorzien)[60] en de benodigde invoeringswetgeving, zal een beroep op de wetgevingscapaciteit van het Ministerie van Justitie doen. Daar staat tegenover dat de commissie een besparing op de voor de implementatie van vermogensrechtelijke (aspecten van) Europese richtlijnen benodigde wetgevingscapaciteit kan opleveren door daartoe voorstellen te doen (zie ook paragraaf 7.4

hierna).

### 7.3. Mogelijke nadelen

35. Het belangrijkste mogelijke nadeel van de Commissie vermogensrecht lijkt mij dat vele wijzigingen, op advies van de commissie, van onderdelen van ons gecodificeerde vermogensrecht ten koste zouden kunnen gaan van de interne samenhang van het systeem daarvan. De oplossing van het ene probleem, indien onvoldoende doordacht, zou zo één of meer andere problemen kunnen veroorzaken.[61]

36. Een voorbeeld is de al eerder aangehaalde, breed gedragen roep om afschaffing van de derdenwerking van bedingen die vorderingen onoverdraagbaar doen zijn. De oplossing voor dit probleem lijkt simpel: bepaal dwingendrechtelijk in art. 3:83 lid 2 BW dat een vordering waarvan de overdracht tussen schuldeiser en schuldenaar is uitgesloten desondanks voor overdracht vatbaar is. Echter, gevolg hiervan zou kunnen zijn dat schuldenaren die het voor hen belangrijkste gevolg van overdracht of verpanding van de vorderingen die derden op hen hebben willen blijven voorkomen, namelijk dat zij dienen te betalen aan een ander dan hun (oorspronkelijke) schuldeiser, hun toevlucht zoeken tot ongewenste verbintenisrechtelijke constructies. Ik denk dan aan met boetebedingen versterkte onoverdraagbaarheidsbedingen en verrekening van dergelijke boeteschulden met de (geldig) overgedragen of verpande vorderingen, zodat de cessionaris of pandhouder alsnog met lege handen zou kunnen komen te staan. Een echte oplossing veronderstelt het doordenken van dergelijke verbintenisrechtelijke mogelijkheden en wenselijkheden. Onderzocht zal ook moeten worden of het wenselijk is om de derdenwerking van onoverdraagbaarheidsbedingen voor bepaalde categorieën van vorderingen te handhaven en of daarvoor wettelijke voorzieningen vereist zijn.[62]

37. Dit mogelijke nadeel van de Commissie vermogensrecht, dat wijzigingen op advies van de commissie ten koste gaan van de interne samenhang van het systeem, mag mijns inziens geen reden zijn om gedurende langere tijd zo min mogelijk te wijzigen in ons gecodificeerde vermogensrecht. Een periodieke integrale herziening daarvan is geen goed alternatief; zij is te complex en te ingrijpend om al te vaak te doen plaatsvinden en loopt een te groot risico om te stranden. Wel is enige terughoudendheid geboden. Waarborgen tegen niet systematisch doordachte wijzigingen en tegen het volgen van de waan van de dag moeten mijns inziens worden gevonden in de samenstelling van en de opdracht aan de Commissie vermogensrecht (zie de paragrafen 7.4 en 7.5). Een zorgvuldig samengestelde commissie kan er juist voor waken dat, bijvoorbeeld onder druk van belanghebbenden, ondoordachte wijzigingen worden doorgevoerd en er aan bijdragen dat onontkoombare wijzigingen, bijvoorbeeld ingevolge Europese richtlijnen, met oog voor het systeem worden geïmplementeerd.

38. Men kan zich nog afvragen of frequente wijzigingen in ons vermogensrecht niet een te grote belasting voor burgers, bedrijven en de rechtspraak, zoals de rechterlijke macht, vormen. Mijns inziens is dat niet het geval. Tot op zekere hoogte went men daar wel aan. Wie bijvoorbeeld het fiscale recht of het financieel toezichtrecht beoefent, maar de wijzigingen daarvan niet op de voet volgt, weet niet beter dan dat hij niet blindelings op zijn papieren wettenbundel kan vertrouwen, maar de laatste stand van zaken moet controleren alvorens een regel toe te passen.[63] Deze last kan enigszins worden verlicht door invoering van wijzigingen in ons vermogensrecht overeenkomstig de systematiek van de Vaste Verandermomenten, met voor wetten twee vaste jaarlijkse inwerkingtredingsdata (1 januari en 1 juli) en een minimale invoeringstermijn van twee maanden.[64]

39. Een ander mogelijk nadeel van de Commissie vermogensrecht is dat 'het primaat van de politiek' op wetgevingsgebied afbrokkelt ten gunste van 'de deskundigen'. Men kan dat met mij onwenselijk vinden, maar ik meen dat de Commissie vermogensrecht veeleer een uitdrukking dan een oorzaak van die verschuiving zal zijn. Een dergelijke verschuiving is op veel beleidsterreinen al langer gaande en is, gegeven ons politieke en maatschappelijke bestel

en gegeven een ingewikkelder wordende samenleving, onvermijdelijk. Beter een niet democratisch gelegitimeerde commissie die actief is, dan een democratisch gelegitimeerde wetgever die stilzit. Bovendien zijn in de Kaderwet adviescolleges instrumenten opgenomen om politieke invloed op de werkzaamheden van adviescolleges van de regering en de Staten-Generaal te effectueren, zoals de jaarlijkse programmering van de werkzaamheden.[65] Bovendien bepaalt de wetgever wat hij met de adviezen van de commissie doet, of niet. Daarbij komt nog dat het niet krijgen van een politieke en juridische (en zo nodig wettelijke) vertaling van levende rechtsovertuigingen een democratisch tekort is waarin een adviserende commissie de fora (kabinet en parlement) die een dergelijke vertaling uiteindelijk dienen te maken, kan helpen te voorzien.

40. Over de kosten van de Commissie kan ik kort zijn. Die zullen slechts een fractie bedragen van de kosten die thans worden besteed aan juridisch vermogensrechtelijk onderzoek dat onterecht niet in wetgeving wordt vertaald. Als dat met behulp van de Commissie vermogensrecht wel lukt, zorgt zij voor een ongekend hefboomeffect. De kosten zullen dan naar verwachting verregaand worden overtroffen door de - overigens moeilijk in financiële termen uit te drukken - baten.

41. Bijna ieder instituut, althans de daarbij betrokkenen, hecht belang aan zijn eigen bestaan. Het risico bestaat dat de Commissie vermogensrecht haar bestaan zal trachten te legitimeren door voorstellen te doen waaraan niet daadwerkelijk behoefte bestaat of waarin beter door andere middelen dan door wetgeving kan worden voorzien. Dat risico lijkt mij reëel. In dit opzicht zal de wetgever zijn verantwoordelijkheid moeten nemen door hiervoor te waken.

#### 7.4. Opdracht en taken

42. Uit het hiervoor weergegeven doel (het in adequate wetgeving doen vertalen van in Nederland (en Europa) levende, vermogensrechtelijke rechtsovertuigingen) van de Commissie vermogensrecht zoals mij dat voor ogen staat, vloeit de aan haar bij wet[66] te geven opdracht voort:

*De Commissie vermogensrecht heeft tot taak de regering en de beide kamers der Staten-Generaal gevraagd en ongevraagd te adviseren over wetgeving op het terrein van het vermogensrecht, meer in het bijzonder over de omzetting in wetgeving van i) de in Nederland levende rechtsovertuigingen en ii) de richtlijnen van de Raad van de Europese Unie, van de Europese Commissie en van de Europese Unie en het Europees Parlement gezamenlijk. [67]* In een toelichting op deze opdracht zou de wetgever tot uitdrukking moeten brengen dat de ingevolge deze opdracht door de commissie te verrichten taken bestaan uit i) het doen van zo concreet mogelijke voorstellen voor wetgeving en ii) het geven van een toelichting daarbij. Tevens zou daarin tot uitdrukking moeten worden gebracht dat de commissie bij het verrichten van haar werkzaamheden voortdurend oog moet hebben voor het systeem van het (vermogens)recht, de samenhang binnen dat systeem en de samenhang daarvan met andere rechtsgebieden.

#### 7.5. Samenstelling

43. Naar mijn mening dienen de leden van de Commissie vermogensrecht onafhankelijk te zijn, in die zin dat zij daarvan lid zijn op persoonlijke titel en niet namens hun eventuele achterban; zij moeten hun werk onafhankelijk kunnen doen. Dat neemt niet weg dat een voldoende brede inbreng in de commissie en voldoende draagvlak voor haar voorstellen vergen dat de leden de geluiden uit diverse relevante groepen in de samenleving opvangen en in de commissie inbrengen.[68] De commissie zou daarom ten minste leden moeten hebben met een duidelijk oog voor de belangen van het bedrijfsleven en van consumenten en met wortels in de advocatuur en de rechterlijke macht. Vanzelfsprekend dienen enkele gezaghebbende rechtswetenschappers lid van de commissie te zijn. In verband met voldoende oog voor het rechtssysteem en de samenhang daarbinnen, dienen enkele leden het gehele, casu quo een groot deel van het vermogensrecht te overzien. Het aantal leden van de

commissie zou, in ieder geval om te beginnen en om met een eenvoudige organisatie snel aan de slag te kunnen, beperkt moeten blijven tot maximaal zo'n tien leden.[69] Dat zal mogelijk betekenen dat de commissie niet op alle deelgebieden van het vermogensrecht voldoende specialistische kennis in huis heeft. Een oplossing hiervoor is dat de commissie derden vraagt haar voor te lichten.[70]

## 8. Besluit

44. Ons vermogensrecht is mede bepalend voor de kwaliteit van ons vestigingsklimaat. Het systeem van ons vermogensrecht voldoet, maar onderhoud aan de codificatie ervan is noodzakelijk. Het is de hoogste tijd voor een permanente Commissie vermogensrecht. De Minister van Justitie en het parlement zijn thans aan zet.

## Voetnoot

[1]

Ronald Verdaas is advocaat bij Bosselaar & Strengers Advocaten en verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen. Verdaas bestrijkt als advocaat voornamelijk de praktijkgebieden Financiering & Zekerheden en Insolventierecht. Ook zijn onderzoek heeft voornamelijk betrekking op deze rechtsgebieden. Met dank aan Yordy Soffner (ten tijde van het schrijven van deze bijdrage masterstudent privaatrecht UvA en juridisch medewerker bij Bosselaar & Strengers Advocaten) voor het door hem ten behoeve van dit artikel verrichte onderzoek. Dit artikel is een ingrijpende bewerking van een bijdrage die ik schreef voor de lustrumbundel die onlangs verscheen ter gelegenheid van het tachtigjarig bestaan van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen: A.J. Verdaas, 'Vermogensrecht in beweging. Het is hoog tijd voor een commissie vermogensrecht', in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.J. Bruisten en A.F. Verdam, *En na de crisis? (Lustrumbundel Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen)*, Deventer: Kluwer 2010, p. 347-365.

[2]

Relatief veel van die voorbeelden hebben betrekking op het goederenrecht. Een voor de hand liggende verklaring hiervoor is dat zowel een groot deel van mijn praktijk als van mijn onderzoek hierop betrekking heeft.

[3]

Art. 3:12 BW.

[4]

Vgl. W. Snijders, 'De openheid van ons vermogensrecht. Van syndicaatszekerheden, domeinnamen en nieuwe contractsvormen', in: S.C.J.J. Kortmann e.a (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht* (Serie Onderneming en Recht deel 24), Deventer: Kluwer 2002, p. 27-58, W. Snijders, 'Ongeregelde heden in ons vermogensrecht (I) en (II)' *WPNR* 2005/6607 en 6608, p. 79-85 en p. 94-102, W. Snijders, 'Een blik op het BW', *NJB* 2007, p. 10-16 en M. van Hoecke, 'Hoe wetenschappelijk is de rechtswetenschap?', *TPR* 2009, par. VI.

[5]

HR 18 maart 2005, *LJN* AR5213, *NJ* 2006, 606 (*Baby Kelly*; m.nt. J.B.M. Vranken). Zie over de (on)mogelijkheid dat voldaan is aan deze drie voor aansprakelijkheid geldende vereisten en de inpassing van de vordering van Kelly in ons aansprakelijkheidsrecht bijvoorbeeld C.H. Sieburgh, 'Schadevergoeding én leven. Compositie met rood, geel en blauw', *WPNR* 2005/6637, p. 755-762.

[6]

Art. 3:6 jo. 3:1 BW.

[7]

Afd. 3, Titel 2 Boek 6 BW. Zie Snijders 2002, par. 9-10 en Snijders 2005, par. 6.

[8]

Richtlijn 2007/64/EG, *PbEG* 2007, L 319; Titel 7:7b, in werking getreden op 1 november 2009 (*Stb.* 2009, 436).

[9]

Richtlijn 2002/47/EG, *PbEG* 2002, L 168. Van de overvloedige literatuur die laat zien dat implementatie van deze richtlijn niet eenvoudig was, noem ik slechts: H.J. Snijders, 'Wetgever, heb mededogen met ons Burgerlijk Wetboek, ook bij financiële zekerheidsovereenkomsten', *NTBR* 2005, 218, p. 91 en, met verdere literatuurverwijzingen, C.J.H. Jansen, 'De Financiële zekerheidsovereenkomst', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (Serie Onderneming en Recht deel 42-II), p. 353-367.

[10]

Zie art. 107 GW.

[11]

Het valt daarom te betreuren dat de Minister van Justitie heeft laten weten dat op de voltooiing van het voorontwerp Insolventiewet door de Commissie insolventierecht in 2007 en de afronding van de consultatie daarover in 2009, tijdens de (toen) lopende kabinetsperiode geen wetgevingstraject zal worden aangevangen; zie de brief van de Minister van Justitie aan de voorzitter van de commissie d.d. 18 november 2009; deze brief was ten tijde van het schrijven van deze bijdrage niet te vinden op de website van het ministerie, maar wel op [www.bobwessels.nl](http://www.bobwessels.nl). Het voorontwerp Insolventiewet is onder meer gepubliceerd in: S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. voorontwerp Insolventiewet* (Serie Onderneming en Recht deel 2-IV), Deventer: Kluwer 2007 en op [www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/insolventiewet/](http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/insolventiewet/), alwaar ook de naar aanleiding van de consultatie ingediende commentaren en de reactie van de Commissie insolventierecht daarop te vinden zijn.

[12]

Zie HR 19 mei 1995, *LJN* ZC1735, *NJ* 1996, 119 (*Keereweer q.q./Sogelease*; m.nt. W.M. Kleijn) en HR 18 november 2005, *LJN* AT8241 *JOR* 2006/60 (*B.T.L. Lease/erven Van Summeren*; m.nt. Th.A.L. Kliebisch, *NJ* 2006, 151).

[13]

Dat het fiduciaverbod in de praktijk problemen blijft opleveren, blijkt bijvoorbeeld uit Hof 's-Hertogenbosch 8 september 2009, *LJN* BK9966, *JOR* 2010/33 (Spijkers en Pessers/Ru-Pro; m.nt. J.J. van Hees). Het hof oordeelt dat een koopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak geen geldige titel van overdracht is omdat partijen het verschaffen van zekerheid als bedoeld in art. 3:84 lid 3 BW beoogden. J.J. van Hees plaatst in zijn noot terecht enige kritische kanttekeningen bij (de motivering van) dit oordeel.

[14]

Zie art. 6:106 en 6:108 BW en HR 26 oktober 2001, *LJN* AB2775, *NJ* 2002, 216 (*Oogmerk*), HR 22 februari 2002, *LJN* AD5356, *NJ* 2002, 240 en HR 9 oktober 2009, *LJN* BI8583, *RvdW* 2009, 1154, (m.nt. S.P.A. Wensink-Vergunst; *JIN* 2009, 851). Met betrekking tot dit onderwerp is de wetgever wel in actie gekomen; er is een wetsvoorstel bij het parlement ingediend waarmee beoogd werd het recht op zogeheten affectieschade te regelen; zie *Kamerstukken* 28 781. Het wetsvoorstel is op 9 maart 2010 door de Eerste Kamer verworpen.

[15]

Zie art. 25 Wet op het notarisambt en art. 19 Gerechtsdeurwaarderswet.

[16]

Zie HR 13 juni 2003, *LJN* AF3413, *JOR* 2003/209 (*Coöperatie Beatrix/ProCall*; m.nt.

S.C.J.J. Kortmann en A. Steneker, *NJ* 2004, 196 m.nt. W.M. Kleijn).

- [17] Zie over dit probleem I. Giesen, 'De 'achterblijvers' van de rechtsontwikkeling: over verouderde rechtspraak en hoe er weer vanaf te komen', *WPNR* 2002/6494, p. 447-453.
- [18] Zoals tijdens de door de Katholieke Universiteit Brabant en de Katholieke Universiteit Leuven op 19 juni 1998 gehouden studiedag 'Inzake Kwaliteit'. Zie de bundel met de bijdragen van de sprekers: E. Dirix en R.D. Vriesendorp (red.), *Inzake Kwaliteit. De kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 1998.
- [19] Zie bijvoorbeeld A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht deel 31), Kluwer: Deventer 2005 en E.C.M. Wolfert, *De kwaliteitsrekening* (diss. Amsterdam VU, Serie Recht en Praktijk deel 157) Deventer: Kluwer 2007.
- [20] Zie bijvoorbeeld A.C.G.F. Thiele, 'Collectieve zekerheidsarrangementen; onzekere zekerheid?', in: *Zekerhedenrecht in ontwikkeling* (Preadvies KNB), Sdu Uitgevers 2009, p. 71-113. Ik merk op dat ik een voorkeur heb voor een algemene regeling boven de door haar voor dit specifieke geval voorgestelde regeling. Zie nader over deze problematiek N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt: 'De security trustee in crisistijden', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De kredietcrisis* (Serie Onderneming en Recht deel 54), Deventer: Kluwer 2010, p. 140 e.v.
- [21] *Kamerstukken II*, 1997/98, 23 706, nr. 32, p. 31 en *Handelingen I* 1998/99, 24, p. 1056.
- [22] *Handelingen II* 1999/2000, 73, p. 4883 en 4891.
- [23] *Kamerstukken II* 2001/02, 22 775 en 23 706, nr. 21, p. 7.
- [24] Koos van Dijken, Zosja Berdowski en Peter Henk Eshuis, *De praktijk van derdenrekeningen. Een onderzoek onder notarissen, gerechtsdeurwaarders en Advocaten*, Leiden: Instituut voor Onderzoek van Overheidsuitgaven 2006, te raadplegen op [www.wodc.nl/publicaties/](http://www.wodc.nl/publicaties/).
- [25] *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VI en 23 706, nr. 73, p. 1.
- [26] Vgl. art. 3:83 lid 2 BW.
- [27] R.D. Vriesendorp, 'Verpanding van contractueel onoverdraagbare geldvorderingen', *WPNR* 1996/6211, p. 105-106; HR 17 januari 2003, *LJN* AF0168, *JOR* 2003/52 (Oryx/Van Eesteren; m.nt. M.H.E. Rongen, *NJ* 2004, 281 m.nt. H.J. Snijders).
- [28] Zie F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht deel 43), Deventer: Kluwer 2008, par. 6.4.4 (met verdere verwijzingen) en, van de nadien verschenen literatuur, M. Orval, 'Het cessieverbod nader bezien', *WPNR* 2009/6823, p. 992-997 en F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Gemakkelijke overdraagbaarheid van vorderingen: oorzaak of oplossing van de kredietcrisis?', *TvI* 2010, 6, p. 35-37; F.E.J.

Beekhoven van den Boezem en A.J. Verdaas, (On)overdraagbaarheid van vorderingen na de crisis: gluren bij de burenen!', in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.J. Bruisten en A.F. Verdam, *En na de crisis?* (Lustrumbundel Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen), Deventer: Kluwer 2010, p. 33-45.

[29]

Zoals België, Duitsland, Italië en Oostenrijk.

[30]

Zie over de voortschrijdende uniformering van het vermogensrecht binnen Europa bijvoorbeeld J.H.M. van Erp, 'Huidig en toekomstig Europees zekerhedenrecht', in: *Zekerhedenrecht in ontwikkeling* (Preadvies KNB), Sdu Uitgevers 2009, p. 231-235.

[31]

Harmoniserende invloed op het vermogensrecht op wereldwijde schaal gaat bijvoorbeeld uit van de modelwetten die UNIDROIT (Institut International pour l'Unification du Droit privé) opstelt.

[32]

Christian von Bar e.a. (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich: Sellier 2009, tevens gepubliceerd op [www.law-net.eu](http://www.law-net.eu).

[33]

Zie hierover E.H. Hondius, 'Kroniek Algemeen', *NTBR* 2010, 34, p. 284.

[34]

Zie randnummer 7 van de *Introduction* van het DCFR. Kritisch hierover: Jan Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 125.

[35]

Zie Folkert Jensma, 'Europees wetboek via de achterdeur' en 'Sluiproute naar een wetboek. Wetgevingsproject EU voltrekt zich vrijwel onopgemerkt door Nederland', *NRC Handelsblad* 4 oktober 2007 en Folkert Jensma, 'Geen mop, ook geen studieproject. Ophef over mogelijk sluipende invoering van Europees Burgerlijk Wetboek', *NRC Handelsblad* 18 oktober 2007.

[36]

Vergelijk art. 3:84 lid 3 BW met art. 7:55 BW. Het fiduciaverbod bepaalt dat een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen geen geldige titel van overdracht is (art. 3:84 lid 3 BW).

[37]

Vergelijk art. 3:235 BW met art. 7:54 lid 3 BW. Het toe-eigeningsverbod bepaalt dat een beding waarbij de pand- of hypotheekhouder de bevoegdheid wordt gegeven om zich het verbonden goed toe te eigenen nietig is (art. 3:235 BW). Zie over de historische ontwikkeling van het toe-eigeningsverbod in Europa R. Verhagen, 'Het vervalbeding bij pand en hypotheek. De interpretatio multiplex van het toe-eigeningsverbod (C. 8.34(35).3)', *Groninger opmerkingen en mededelingen* 2009, p. 65-150.

[38]

Vergelijk art. 3:84 lid 1, respectievelijk art. 3:84 lid 1 jo. 3:98 BW met art. 3 lid 1 van de richtlijn.

[39]

Book IX, Section 3 (Registration).

[40]

Model rule III.-5:108; anders het Nederlandse recht; vgl. art. 3:83 lid 2 BW.

[41]

Book IX DCFR; zie ook *Principle* 15.

[42]

Richtlijn 2009/44/EG tot wijziging van (onder meer) de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten, *PbEG*, L 146. De wijzigingen dienen uiterlijk op 30 juni 2011 van kracht te zijn.

[43]

Zie het bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 457. Vgl. ook M.G. van 't Westeinde, 'Wijziging van de Richtlijn financiële zekerheidsovereenkomsten: nieuwe ronde, nieuwe kansen!', *FR* 2009, p. 380-385.

[44]

Zie art. 7:55 BW.

[45]

De Ministers van Justitie en van Financiën zien dit probleem kennelijk niet: zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 457, nr. 3, p.13-14.

[46]

Vgl. Van Erp 2009, p. 248-249, F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Richtlijn 2009/44/EG: EG-knuppel in het hoenderhok van het Nederlandse goederenrecht', *MvV* 2009, p. 315-317 en F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Credit Claims. Kredietvorderingen als beleenbare activa voor monetaire beleidstransacties in het Eurosysteem* (oratie Nijmegen, Serie Onderneming en Recht deel 56), Deventer: Kluwer 2010, p. 38-39.

[47]

Zie Verdaas 2008, nr. 453.

[48]

Uit de *Update Strategische Agenda* 2010 van HFC, p. 26-27, blijkt dat HFC voornemens is om aandacht voor een goede juridische infrastructuur te blijven vragen. Deze update is te raadplegen via [www.hollandfinancialcentre.com](http://www.hollandfinancialcentre.com).

[49]

Een voorbeeld van een succesvolle lobby van (onder anderen) de NVB (zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 878, nr. 3, p.1) is de herinvoering van de stille cessie (art. 3:94 lid 3 BW).

[50]

Om de juistheid van deze stelling te verifiëren kan men bijvoorbeeld de lijsten van *Academic contributors* in het DCFR raadplegen.

[51]

Art. 3:84 lid 3 BW. Een selectie van de vele publicaties waarin voor afschaffing van het fiduciaverbod is gepleit: H.W. Heyman, 'De reikwijdte van het fiduciaverbod. In het bijzonder in verband met leasing', *WPNR* 1994/6119, p. 1-14, S.C.J.J. Kortmann, 'Struikelt leasing over de dode letter van art. 3:84 lid 3 BW?', *WPNR* 1994/6119, p. 18-23, J.M. van Dunné, 'Vijf jaar een nieuw BW. Is het niet allemaal reuze meegevallen? Ja en nee, sprak de dialecticus', *Trema* 1997, p. 221, C.J.H. Jansen, 'Fiduciaire verhoudingen in historisch perspectief' en J.H.A. Lokin, 'De spagaat van de Hoge Raad: eigendom en zekerheid', beiden in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen en N.S.G.J. Vermunt (red.) *Fiduciaire verhoudingen. Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann* (Serie Onderneming en Recht deel 41), Deventer: Kluwer 2007 p. 105-117, respectievelijk p. 137-155, Verdaas 2008, Hoofdstuk 5, S.C.J.J. Kortmann, 'Werkelijke overdracht' ... met een fiduciair karakter', *Groninger opmerkingen en mededelingen* 2010, p. 63-72 en A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht* (Monografieën BW A1), Deventer: Kluwer 2010, p. 57.



- [52] Vgl. art. 3:83 lid 2 BW en HR 17 januari 2003, *LJN AF0168*, *JOR* 2003/52 (*Oryx/Van Eesteren*; m.nt. M.H.E. Rongen, *NJ* 2004, 281 m.nt. H.J. Snijders). Zie, met verdere verwijzingen, Verdaas 2008, par. 6.4.4 en, van de nadien verschenen literatuur, M. Orval, 'Het cessieverbod nader bezien', *WPNR* 2009/6823, p. 992-997.
- [53] Art. 3:239 lid 1 BW. Zie, met verwijzingen naar andere auteurs, Verdaas 2008, par. 8.4. en, van de nadien verschenen literatuur, F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Uitlegkwesties naar aanleiding van verpanding en cessie van vorderingen', in: J.M. Milo en S.E. Bartels (red.), *Uitleg in het goederenrecht. Eerste verkenningen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 87-88.
- [54] Vgl., reeds vijf jaar na invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW, Van Dunné 1997, p. 216-222.
- [55] E.M. Meijers, 'Het feillooze deel van ons Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 1928/3031, p. 52.
- [56] Zie Van Dunné 1997, p. 222.
- [57] Zoals bijvoorbeeld met betrekking tot de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht; zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 7, 13 en 17. Een ander voorbeeld is de wijziging van Boek 2 BW ter implementatie van de richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (Richtlijn 2005/56/EG, *PbEU* L 310; zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30 929, nr. 3, p. 8 en 16-17).
- [58] *Stb.* 1893, 140.
- [59] Zie over de samenstelling van de commissie nader par. 7.5 hierna.
- [60] Vgl. het voorontwerp Insolventiewet, dat door de Commissie insolventierecht van een uitgebreide toelichting is voorzien. Bij het opstellen van een memorie van toelichting zou deze toelichting als uitgangspunt kunnen dienen.
- [61] Zie Meijers 1928, p. 51-52.
- [62] Vgl. art. 18 lid 1 aanhef en sub b Wet LB 1964, waarin is bepaald dat onder een pensioenregeling wordt verstaan een regeling waarin is bepaald dat de aanspraken ingevolge de regeling niet kunnen worden afgekocht, vervreemd of prijsgegeven, dan wel formeel of feitelijk voorwerp van zekerheid kunnen worden, anders dan in de gevallen voorzien bij of krachtens de Pensioenwet.
- [63] Bijvoorbeeld door de op enig moment geldende tekst van een wet, regeling of besluit te raadplegen op [www.wetten.overheid.nl](http://www.wetten.overheid.nl).
- [64] Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 29 515, nr. 181, *Kamerstukken II* 2008/09, 29 515, nr. 270 en *Kamerstukken II* 2009/10, 29 515, nr. 390.
- [65] Zie art. 26-27 Kaderwet adviescolleges en pagina 6 van de memorie van toelichting bij deze wet (*Kamerstukken II* 1995/96, 24 503, nr. 3).

- [66] Permanente adviescolleges dienen bij wet te worden ingesteld; zie art. 4 Kaderwet adviescolleges. Vgl. ook art. 79 GW, waarin is bepaald dat vaste colleges van advies in zaken van wetgeving en bestuur van het Rijk worden ingesteld bij of krachtens de wet.
- [67] Bij de instelling van een adviescollege dient de adviestaak te worden omschreven, aldus art. 8 Kaderwet adviescolleges. Dat een adviescollege gevraagd en ongevraagd adviseert, is in overeenstemming met art. 17 en 18 van die wet.
- [68] Vgl. art. 12 lid 1 Kaderwet adviescolleges, waarin is bepaald dat de leden van een adviescollege worden benoemd op grond van hun deskundigheid alsmede op grond van hun maatschappelijke kennis en ervaring.
- [69] Een adviescollege bestaat uit een voorzitter en maximaal veertien andere leden; zie art. 10 Kaderwet adviescolleges. Van die regel, en van andere in de Kaderwet adviescolleges opgenomen regels, zou in de wet waarmee de Commissie vermogensrecht wordt ingesteld kunnen worden afgeweken; zie p. 6 van de memorie van toelichting bij deze wet (*Kamerstukken II* 1995/96, 24 503, nr. 3).
- [70] In die mogelijkheid voorziet art. 19 lid 2 Kaderwet adviescolleges.

Copyright © Kluwer 2012  
Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 01-08-2012

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.